

**Titel:**

**Keine sittenwidrige Schädigung des Erwerbers eines Opel-Diesel-Fahrzeugs (hier: Opel Insignia 2.0 Sports Tourer)**

**Normenketten:**

BGB § 443, § 823 Abs. 2, § 826

ZPO § 148, § 522 Abs. 2

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

Fahrzeugemissionen-VO Art. 5 Abs. 2

Typgenehmigungsverfahren-RL Art. 3 Nr. 29, Nr. 36, Art. 4 Abs. 2, Abs. 4, Art. 18 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Vgl. zu Diesel-Fahrzeugen von Opel: OLG München BeckRS 2021, 52557; BeckRS 2021, 52562; BeckRS 2022, 20001; BeckRS 2022, 29314; BeckRS 2022, 29413; BeckRS 2023, 3004; BeckRS 2023, 10351; BeckRS 2023, 10352; OLG Bamberg BeckRS 2021, 52538; BeckRS 2022, 19980; BeckRS 2023, 3040; BeckRS 2023, 3006; OLG Schleswig BeckRS 2022, 8917; OLG Frankfurt BeckRS 2022, 10556; OLG Koblenz BeckRS 2022, 10605; OLG Köln BeckRS 2022, 12858; OLG Nürnberg BeckRS 2022, 29322; OLG Jena BeckRS 2022, 38597; OLG Zweibrücken BeckRS 2023, 3009; LG Landshut BeckRS 2021, 53844; BeckRS 2022, 20735; BeckRS 2022, 22852; LG Memmingen BeckRS 2022, 12853; LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2022, 29316; BeckRS 2022, 29310; LG Kempten BeckRS 2022, 29315. (redaktioneller Leitsatz)
2. Der Umstand, dass beim Bundesgerichtshof ein Revisionsverfahren anhängig ist, in dem über eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, von deren Beantwortung die Entscheidung eines zweiten Rechtsstreits ganz oder teilweise abhängt, rechtfertigt die Aussetzung der Verhandlung des zweiten Rechtsstreits auch dann nicht, wenn dem anhängigen Revisionsverfahren die Bedeutung eines Musterprozesses zukommt (ebenso BGH BeckRS 2006, 2593). (Rn. 2) (redaktioneller Leitsatz)
3. Hätte die Herstellerin das KBA um entsprechende Auskunft gebeten, hätte das KBA das von der Herstellerin im hier betroffenen Fahrzeug verwendete Thermofenster nicht als unzulässig beurteilt; dann kann das Verhalten der Herstellerin nicht als pflichtwidrig eingestuft werden, jedenfalls hätte sie in unvermeidbarem Verbotsirrtum gehandelt. (Rn. 19) (redaktioneller Leitsatz)
4. Für § 826 BGB bleibt unerheblich, ob es andere technische Möglichkeiten gab, mit denen auch bei geringerer Reduzierung der Abgasrückstände das Risiko von Motorschäden vermieden und zugleich die weiteren Schadstoffgrenzen eingehalten werden konnten, da es keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellen kann, wenn ein Kfz-Hersteller nicht der Vorreiter der technischen Entwicklung ist. (Rn. 22) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Diesel-Abgasskandal, Opel, unzulässige Abschaltvorrichtung, sittenwidrig, Thermofenster, pflichtwidrig, unvermeidbarer Verbotsirrtum, KBA, europarechtliche Vorschriften, Aussetzung

**Vorinstanz:**

LG Augsburg, Urteil vom 11.11.2022 – 124 O 1278/22

**Fundstelle:**

BeckRS 2023, 14670

**Tenor**

1. Der Antrag des Klägers, das Verfahren gemäß § 148 ZPO bis zur Entscheidung des Rechtsstreits vor dem Bundesgerichtshof in den Verfahren VIa ZR 335/21, VIa ZR 533/21 und VIa ZR 1031/22 auszusetzen, wird zurückgewiesen.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 11.11.2022, Aktenzeichen 124 O 1278/22, wird zurückgewiesen.

3. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
4. Das in Ziffer 2 genannte Urteil des Landgerichts Augsburg und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
5. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis zu 5.000,00 € festgesetzt.

## Gründe

I.

1

Der Senat hat die Argumentation in der Gegenerklärung des Klägers vom 15.05.2023 geprüft. Die anstehenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in den Verfahren VIa ZR 335/21, VIa ZR 533/21 und VIa ZR 1031/22 geben auch unter Berücksichtigung der Presseerklärung zum anberaumten Termin in der Sache VIa ZR 335/21 zu einer Aussetzung des Verfahrens keine Veranlassung.

2

Nach § 148 ZPO kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei. Die Aussetzung der Verhandlung setzt damit Vorentscheidlichkeit der in dem anderen Rechtsstreit oder dem Verwaltungsverfahren zu treffenden Entscheidung im Sinne einer (zumindest teilweise) präjudiziellen Bedeutung voraus (vgl. BGH, NJW 2005, 1947). Vorentscheidlichkeit ist insbesondere gegeben, wenn in einem anderen Rechtsstreit eine Entscheidung ergeht, die für das auszusetzende Verfahren materielle Rechtskraft entfaltet oder Gestaltungs- bzw. Interventionswirkung erzeugt (vgl. BGH, NJW-RR 2012, 575 Rn. 6). Der Umstand, dass in dem anderen Verfahren über eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, von deren Beantwortung die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ganz oder teilweise abhängt, rechtfertigt die Aussetzung nicht (vgl. BGH, NJW-RR 2019, 1212 Rn. 7; BGH, NJW-RR 2014, 631; BGH, Beschluss vom 25.01.2006 – IV ZB 36/03, BeckRS 2006, 2593). Der Umstand, dass beim Bundesgerichtshof ein Revisionsverfahren anhängig ist, in dem über eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, von deren Beantwortung die Entscheidung eines zweiten Rechtsstreits ganz oder teilweise abhängt, rechtfertigt die Aussetzung der Verhandlung des zweiten Rechtsstreits auch dann nicht, wenn dem anhängigen Revisionsverfahren die Bedeutung eines Musterprozesses zukommt (vgl. BGH, Beschluss vom 25.01.2006 – IV ZB 36/03, BeckRS 2006, 2593 m. w. N.). Andernfalls würde das aus dem Justizgewährleistungsanspruch folgende grundsätzliche Recht der Prozessparteien auf Entscheidung ihres Rechtsstreits in seinem Kern beeinträchtigt (vgl. BGH, NJW-RR 2019, 1212 Rn. 7; BGH, NJW-RR 2014, 631). Eine Aussetzung allein aus Zweckmäßigkeitsgründen sieht das Gesetz nicht vor (vgl. BGH, NJW-RR 2019, 1212 Rn. 7).

3

Unter Beachtung dieser Grundsätze hält der Senat in Anwendung seines richterlichen Ermessens eine Aussetzung des Verfahrens nicht für geboten. Die im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens erforderliche Abwägung zwischen einerseits den Erfolgsaussichten der anderen Verfahren (vgl. BGH, NJW-RR 1992, 1149, 1150; Zöller/Greger, 34. Aufl. 2022, ZPO § 148 Rn. 7) und andererseits der mit der Aussetzung eintretenden Verfahrensverzögerung führt zu dem Ergebnis, dass eine Verfahrensaussetzung unterbleibt. Die Berufung kann bereits deswegen keinen Erfolg haben, weil mangels eines schuldhaften Verhaltens der Beklagten (vgl. Hinweisbeschluss, S. 16 ff., 24 f. und unten) auch bei Annahme des Schutzgesetzcharakters der §§ 6 und 27 EG-FGV kein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB gegeben ist. Mangels eines Verschuldens der Beklagten sind die seit dem Urteil des Europäischen Gerichtshof vom 21.03.2023 – C-100/21, NJW 2023, 1111 beantworteten Fragen für die hier zu treffende Entscheidung nicht von Bedeutung.

II.

4

Der Kläger begehrt von der Beklagten Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Diesel-Pkws.

5

Der Kläger erwarb am 27.06.2017 bei der ein Fahrzeug Opel Insignia 2.0 Sports Tourer, Fahrzeug-Identifizierungsnummer (FIN):W0L..., Abgasnorm: EU6, Datum der Erstzulassung: 18.04.2016, Kilometerstand bei Erwerb: 51.600 km, zum Preis von 15.999,00 € brutto (Anlage K 1).

**6**

Im Übrigen wird hinsichtlich der Darstellung des Sach- und Streitstandes und der Anträge erster Instanz auf den Tatbestand im angefochtenen Urteil des Landgerichts Augsburg vom 11.11.2022, Az. 124 O 1278/22, Bezug genommen.

**7**

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

**8**

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass es auf Basis des klägerischen Vortrags mangels greifbarer Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteneinrichtung nicht darauf zu schließen vermocht habe, dass die Beklagte vorsätzlich sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB gehandelt habe.

**9**

Gegen dieses, dem Kläger am 18.11.2022 zugestellte Urteil des Landgerichts Augsburg vom 11.11.2022, Az. 124 O 1278/22, richtet sich die mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 14.12.2022, eingegangen am 14.12.2022, eingelegte Berufung des Klägers, der in der Berufungsinstanz unter Abänderung des Urteils beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei EUR 4.798,97 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

hilfsweise

II. das Urteil des Landgerichts Augsburg, Az. 124 O 1278/22 aufzuheben und zur erneuten Verhandlung und Beweisaufnahme an das Landgericht Augsburg zurückzuverweisen;

hilfsweise

III. die Revision zuzulassen.

**10**

Zur Begründung seines Rechtsmittels führt der Kläger im Wesentlichen aus, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft die Klage abgewiesen und einen Anspruch des Klägers aus § 826 BGB zu Unrecht verneint.

**11**

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvortrags wird auf die Berufungsbegründung vom 16.02.2023 Bezug genommen.

**12**

Die Beklagte beantragt in der Berufungsinstanz,

die Berufung zurückzuweisen.

**13**

Die Beklagte hat auf die Berufungsbegründung des Klägers nicht erwidert.

III.

**14**

Die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 11.11.2022, Aktenzeichen 124 O 1278/22, ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

**15**

Zur Begründung wird auf den vorausgegangenen Hinweis des Senats Bezug genommen. Der Senat bleibt bei seiner im Hinweis vom 01.03.2023 ausführlich dargelegten Rechtsauffassung, auf die gemäß § 522 Abs. 2 S. 3 ZPO Bezug genommen wird.

## 16

Die Anträge des Klägers haben keinen Erfolg. Der fristgerechte Schriftsatz des Klägers vom 15.05.2023 enthält keine neuen Gesichtspunkte, die eine andere Entscheidung rechtfertigen könnten. Der Senat hat das Vorbringen des Klägers zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen (vgl. BVerfG, NJW 2021, 3525 Rn. 13; BGH, NZG 2022, 1255 Rn. 8; BayObLG, Beschluss vom 16.02.2022 – 101 Sch 60/21, BeckRS 2022, 2046 Rn. 50) und – soweit das Vorbringen zentrale Frage des Verfahrens betrifft – in den Gründen des Hinweisbeschlusses beschieden (vgl. BGH, Beschluss vom 01.02.2023 – VII ZR 882/21, BeckRS 2023, 3155 Rn. 11). Er hat die Angriffe der Berufung in vollem Umfang geprüft, aber die Beanstandungen sämtlich für nicht durchgreifend erachtet. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet den Senat dazu, den gesamten Vortrag einer Prozesspartei zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Er begründet aber keine Pflicht des Gerichts, bei der Würdigung des Sachverhalts und der Rechtslage der Auffassung eines Beteiligten zu folgen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.08.2013 – 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, BeckRS 2013, 55213 Rn. 67; BGH, Beschluss vom 20.01.2021 – III ZR 160/19, BeckRS 2021, 1265 Rn. 2; BGH, Beschluss vom 12.01.2017 – III ZR 140/15, BeckRS 2017, 100836 Rn. 2). Soweit der Kläger der rechtlichen Einschätzung des Senats im Hinweisbeschluss vom 01.03.2023 mit rechtlichen Ausführungen entgegengetreten sind (vgl. BGH, ZfBR 2022, 356 Rn. 7 ff.; BGH, NJW-RR 2021, 1507 Rn. 12 ff.; BGH, NJW 2020, 1740 Rn. 16), ist unter Berücksichtigung des Umstands, dass es nicht erforderlich ist, alle Einzelpunkte des Parteivortrags in den Gründen einer Entscheidung auch ausdrücklich zu bescheiden (vgl. BVerfG, NJW 1997, 2310, 2312; BGH, Beschluss vom 20.09.2021 – IX ZR 46/19, BeckRS 2021, 31643 Rn. 1), deshalb lediglich ergänzend auszuführen wie folgt:

## 17

1. Der Kläger kann den geltend gemachten Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 31 BGB bzw. § 831 BGB, Art. 5 Abs. 1, 2 i. V. m. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007, Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bzw. den §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV herleiten. Dieser Anspruch scheitert auch in Ansehung der – nach dem Hinweisbeschluss des Senats vom 01.03.2023 – ergangenen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 21.03.2023 – C-100/21, NJW 2023, 1111 an der fehlenden schlüssigen Darlegung des erforderlichen subjektiven Tatbestandes. Gleiches gilt hinsichtlich eines Schadensersatzanspruchs des Klägers aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 18 Abs. 1 der RL 2007/46/EG. Es fehlt bezüglich des sog. Thermofensters jedenfalls am gemäß § 823 Abs. 2 BGB erforderlichen Verschulden der Beklagten. Fahrlässigkeit hinsichtlich eines Verstoßes gegen drittschützende Normen kann hier nicht festgestellt werden.

## 18

a) Maßstab für die Bestimmung der Fahrlässigkeit im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB ist § 276 Abs. 2 BGB (vgl. BGH, VersR 1968, 378, 379; MüKoBGB/Wagner, 8. Auflage 2020, BGB § 823 Rn. 611). Gemäß dieser Vorschrift handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Welche Sorgfalt jeweils erfordert wird, ist ohne Rücksicht auf die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten des Betroffenen nach einem objektiven Maßstab zum Zeitpunkt der Verursachung des Schadens bzw. dem Zeitpunkt, zu dem eine Schadensabwendung in Betracht kam, zu beurteilen (vgl. BGH, NJW 2021, 1818 Rn. 32 m. w. N.; OLG Hamm, Beschluss vom 04.08.2022 – 21 U 106/21, BeckRS 2022, 19655 Rn. 10; Grüneberg/Grüneberg, 82. Auflage 2023, BGB, § 276 Rn. 15 f.). Fahrlässigkeit setzt unter anderem die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit voraus. Ein Rechtsirrtum ist nur ganz ausnahmsweise unvermeidbar, wenn der Schuldner nach sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage mit einem Unterliegen im Rechtsstreit nicht zu rechnen brauchte. Es genügt zum Beispiel, wenn die zuständige Aufsichtsbehörde die Rechtsfrage zugunsten des Schuldners beantwortet hätte. In diesem Fall sind auch die sonst zu fordernden Erkundigungen des Schuldners über Bestand und Umfang seiner Verpflichtung entbehrlich und scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Schutzgesetz aus (vgl. BGH, NJW-RR 2017, 1004, 1005; OLG Hamm, Urteil vom 24.06.2022 – 30 U 90/21, BeckRS 2022, 18539 Rn. 66; OLG Hamm, Beschluss vom 04.08.2022 – 21 U 106/21, BeckRS 2022, 19655 Rn. 10).

## 19

b) Unter Beachtung dieser Grundsätze hätte die Beklagte durch den Einbau eines sog. Thermofensters in das streitgegenständliche Fahrzeug nicht fahrlässig gehandelt. Das Kraftfahrt-Bundesamt ist und war

gemäß § 2 Abs. 1 EG-FGV in Verbindung mit Art. 3 Nr. 29 und Art. 4 Abs. 4 und Abs. 2 der RL 2007/46/EG diejenige Behörde, die in Deutschland für die Einhaltung der unionsrechtlichen Vorgaben zu sorgen hat. Hätte die Beklagte das Kraftfahrt-Bundesamt um entsprechende Auskunft gebeten, hätte das Kraftfahrt-Bundesamt das von der Beklagten im Fahrzeug des Klägers verwendeten Thermofenster jedoch nicht als unzulässig beurteilt (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 24.06.2022 – 30 U 90/21, BeckRS 2022, 18539 Rn. 65 ff., 69 f.). Dieser Schluss ist im Hinblick auf das Thermofenster schon deshalb gerechtfertigt, weil dem Kraftfahrt-Bundesamt sowohl das Vorhandensein als auch die grundsätzliche Funktionsweise und die in diesem Zusammenhang geführte rechtliche Diskussion um den Motorschutz seit Jahren bekannt ist (vgl. BGH, VersR 2022, 1173 Rn. 25; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 27.03.2023 – 14 U 292/22, BeckRS 2023, 5904 Rn. 8; OLG Hamm, Urteil vom 24.06.2022 – 30 U 90/21, BeckRS 2022, 18539 Rn. 70). Da das Verschulden nach objektiv-normativen Kriterien verkehrskreisbezogen festzustellen ist, ergibt sich eine Bewertung als pflichtwidrig insofern nicht. Die Beklagte trifft daher nicht der Vorwurf, sie habe das streitgegenständliche Fahrzeug unter fahrlässigem Verstoß gegen die genannten europarechtlichen Vorschriften mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung in Verkehr gebracht. Sie hätte jedenfalls in unvermeidbarem Verbotsirrtum gehandelt und einen Verstoß gegen die genannten Vorschriften auch bei Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennen müssen (vgl. OLG Jena, Beschluss vom 20.04.2023 – 1 U 1472/22, BeckRS 2023, 9056 Rn. 23; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 27.03.2023 – 14 U 292/22, BeckRS 2023, 5904 Rn. 45 m. w. N.). Etwas anderes ist unter Berücksichtigung des Vorbringens des Klägers zu der Pressemitteilung der Deutsche Umwelthilfe e. V. (die ausweislich des Wortlauts nicht die Beklagte betrifft) und der am 17.11.2022 veröffentlichten Dokumente der R1. B. GmbH nicht geboten. Dies bereits deswegen, weil die dem Senat aus Parallelverfahren bekannten Unterlagen jeden konkreten Bezug zu dem im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Motor der Schadstoffklasse EU6 vermissen lassen. Soweit das Kraftfahrt-Bundesamt im Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof im Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, wonach eine zulässige Abschaltung unter den im Unionsgebiet herrschenden Fahrbedingungen nicht während des überwiegenden Teils eines Jahres aktiv sein darf, Anhörungsverfahren eingeleitet hat, ist das Ergebnis der neuerlichen Untersuchungen offen und lässt keine Rückschlüsse auf die Erkennbarkeit einer etwaigen Unzulässigkeit des Thermofensters für die Beklagte zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.04.2023 – 17 U 1673/22, BeckRS 2023, 8575 Rn. 31 m. w. N.).

## 20

2. Ein sittenwidriges Vorgehen der Beklagten kommt in Betracht, wenn deren verfassungsmäßig berufene Vertreter zumindest wussten, dass die Motoren des streitgegenständlichen Typs mit einer auf arglistige Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts abzielenden Prüfstanderkennungsssoftware ausgestattet waren, und die von der Beklagten hergestellten Fahrzeuge in Kenntnis dieses Umstandes mit diesem Motor versahen und in den Verkehr brachten (vgl. BGH, Urteil vom 21.12.2021 – VI ZR 875/20, BeckRS 2021, 44363 Rn. 11). Zwar kann bei Vorliegen weiterer Umstände auch die Funktionsweise einer Abschalteinrichtung, wenn sie nicht prüfstandsbezogen ist, Rückschlüsse auf eine als sittenwidrig zu bewertende Täuschungsabsicht der Beklagten zulassen (vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.2021 – VII ZR 126/21, BeckRS 2021, 33038 Rn. 19). Umstände, die auf eine sittenwidrige Bewusstseinslage der Beklagten schließen ließen, werden vorliegend aber vom Kläger weder dargelegt noch sind diese ersichtlich.

## 21

Vorliegend kann das Verhalten der Beklagten – unabhängig von der Frage der Tatbestandswirkung der EG-Typgenehmigung – bei der gebotenen Gesamtbetrachtung mangels eines objektiv sittenwidrigen Handelns mit dem Ziel der Kostensenkung und Gewinnmaximierung nicht einer arglistigen Täuschung der Typgenehmigungsbehörde bzw. des Klägers als Fahrzeugerwerbers gleichgesetzt werden. Es ist weder ein objektiv sittenwidriges noch ein vorsätzliches Handeln der Beklagten dargetan. Allein aus der hier zu unterstellenden objektiven Unzulässigkeit der vom Kläger behaupteten Abschalteinrichtungen folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer (vgl. BGH, Beschluss vom 10.11.2021 – VII ZR 415/21, BeckRS 2021, 45434 Rn. 37). Die Darlegungen des Klägers gebieten keine andere rechtliche Beurteilung.

## 22

a) Der Umstand, dass die Abgasrückführung im Fahrzeug des Klägers nach seinem Sachvortrag durch eine temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems gesteuert ist, die die Abgasreinigung an der Außentemperatur orientiert, reicht – auch wenn zugunsten des Klägers unter Berücksichtigung der Urteile

des Europäischen Gerichtshofs vom 21.03.2023 (C-100/21, NJW 2023, 1111) und vom 14.07.2022 (C-128/20, BeckRS 2022, 16622, C-134/20, BeckRS 2022, 16621, C-145/20, BeckRS 2022, 16620) in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt wird, dass eine derartige temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren ist – nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben (vgl. BGH, NJW 2021, 3721 Rn. 15 ff.; BGH, NJW 2021, 921 Rn. 19; BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 286/20, BeckRS 2021, 30338 Rn. 15 ff.; BGH, Urteil vom 20.07.2021 – VI ZR 1154/20, BeckRS 2021, 30885 Rn. 13). Die bloße Feststellung einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne der europarechtlichen Vorgaben genügt für eine Haftung nach § 826 BGB nicht. Der insoweit erfolgte Vortrag des Klägers in seiner Gegenerklärung vom 15.05.2023 rechtfertigt keine andere Beurteilung. Unerheblich ist hierbei, ob es andere technische Möglichkeiten gab, mit denen auch bei geringerer Reduzierung der Abgasrückstände das Risiko von Motorschäden vermieden und zugleich die weiteren Schadstoffgrenzen eingehalten werden konnten. Unabhängig davon, ob solche Möglichkeiten der Beklagten auch bekannt gewesen waren, kann es keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellen, wenn ein Kfz-Hersteller nicht der Vorreiter der technischen Entwicklung ist (OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2020 – I-5 U 110/19, BeckRS 2020, 9904 Rn. 42), zumal die Verordnung (EG) 715/2007 den Einsatz einer bestimmten Technologie nicht vorschreibt (vgl. EuGH, NJW 2022, 3769 Rn. 92).

## 23

b) Neues, unstreitiges Vorbringen, welches ungeachtet des § 531 ZPO stets zuzulassen ist (vgl. BGH, NJW 2018, 2269 Rn. 25), liegt bezüglich des vom Kläger behaupteten Thermofensters nicht vor. Die Beklagte hat bereits in der Klageerwiderung dargelegt, das aus ihrer Sicht der Kläger unsubstantiiert ins Blaue hinein vorgetragen habe. Unter diesen Umständen kann nicht geschlossen werden, dass die Beklagte Vortrag des Klägers hinsichtlich des Thermofensters unstreitig im Sinne von § 138 Abs. 3 ZPO stellen wollte. Die Ausführungen des Klägers im Schriftsatz vom 15.05.2023 zum sog. Thermofenster geben keinen Anlass, die Rechtsauffassung des Senats zu ändern. Insbesondere obliegt es vorliegend nicht der Beklagten darzulegen, mit welchen Angaben ihre Entscheidungsträger die Verwendung des sog. Thermofensters bzw. der weiteren, klägerseits vorgetragenen unzulässigen Abschalteinrichtungen gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt begründet und auf welcher Grundlage sie dieses/diese in Anwendung der Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 für zulässig gehalten haben (vgl. OLG Bremen, NJOZ 2021, 489 Rn. 54 m. w. N.). Das (nicht rechtskräftige) Urteil des Verwaltungsgerichts Schleswig vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863 gebietet insofern keine andere Beurteilung.

## 24

Im Übrigen sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im zweiten Rechtszug nur eingeschränkt zulässig (vgl. §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 ZPO). Neues Vorbringen liegt u. a. vor, wenn es im ersten Rechtszug nur angedeutet worden war und erst im Berufungsrechtszug substantiiert wurde (vgl. BGH, NJW 2004, 2825, 2827; BGH, NJW-RR 2017, 72 Rn. 20; Hirtz, in: Hirtz/Oberheim/Siebert, Berufung im Zivilprozess, 6. Auflage 2020, Kap. 7 Rn. 134). Zwar ist ein in zweiter Instanz konkretisiertes Vorbringen dann nicht neu, wenn ein bereits schlüssiges Vorbringen aus erster Instanz durch weitere Tatsachenbehauptungen konkretisiert, verdeutlicht oder erläutert wird, was nicht nur für schlüssiges Vorbringen der darlegungs- und beweisbelasteten Partei, sondern ebenso für erhebliches Vorbringen des Gegners gilt (vgl. BGH, NJOZ 2018, 1143 Rn. 14 m. w. N.). Vorliegend war aber bereits der (erstinstanzliche) Vortrag des Klägers hinsichtlich des von ihm behaupteten Abschalteinrichtungen nicht schlüssig (vgl. Endurteil, S. 8 ff., Hinweisbeschluss, S. 10 ff.), sodass der insoweit erfolgte Vortrag in der Gegenerklärung vom 15.05.2023, dass u. a. die Software der Motorsteuerung in Abhängigkeit von Last und Drehzahl des Motors Einfluss auf das Abgasrückführungssystem nimmt bzw. das von der Beklagten entwickelte Software-Update das Ziel, einen gesetzeskonformen Zustand herzustellen, nicht erreichen konnte, nicht zu berücksichtigen ist.

## 25

3. Die EG-Übereinstimmungsbescheinigung, die nicht an den Käufer adressiert ist, sondern gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 EG-FGV lediglich dem Fahrzeug beizufügen ist, bestätigt, dass das individuelle Fahrzeug dem in der EG-Typengenehmigung beschriebenen Fahrzeugtyp entspricht (vgl. Art. 3 Nr. 36 der RL 2007/46/EG; Anhang IX der RL 2007/46/EG). Damit liegt jedoch keine Garantieerklärung im Sinne des § 443 BGB vor (vgl. OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 03.03.2023 – 19 U 222/22, BeckRS 2023, 3833 Rn. 68 ff.). Diese setzt als Willenserklärung ein rechtsverbindliches Angebot des Garantiegebers voraus (vgl.

Grüneberg/Weidenkaff, 82. Auflage 2023, BGB § 443 Rn. 5). Ob ein solcher Rechtsbindungswille vorliegt, ist durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Dabei ist im Hinblick auf eine EG-Übereinstimmungsbescheinigung kein garantieartiger Einstandswille der Beklagten für etwaige Sach- und Rechtsmängel gegenüber den zukünftigen Eigentümern oder Haltern des Fahrzeugs zu erkennen. Dies ergibt sich aus dem Zweck der EG-Übereinstimmungsbescheinigung, die lediglich dem Nachweis der Übereinstimmung nach §§ 6 Abs. 3 S. 1, 2 Nr. 7 FZV bei der erstmaligen Zulassung des Fahrzeugs für den öffentlichen Straßenverkehr dient. Dass der Hersteller über die gesetzliche Pflichterfüllung hinaus in besonderem Maße Vertrauen in Anspruch nehmen oder eine Zusicherung abgeben will, erschließt sich weder nach dem Text der Bescheinigung noch nach deren Zweck (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.04.2023 – 17 U 1673/22, BeckRS 2023, 8575 Rn. 33; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 03.03.2023 – 19 U 222/22, BeckRS 2023, 3833 Rn. 68 m. w. N.). Etwas anderes ist nicht mit Rücksicht auf den Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts, der sowohl nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (vgl. EuGH, EuZW 2016, 466 Rn. 32; EuGH, GRUR 2014, 473 Rn. 45) als auch des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG, ZIP 2013, 924 Rn. 32; BVerfG, NJW 2012, 669 Rn. 46 f.) Schranken unterliegt (vgl. ztfvz BGH, NJW 2021, 1008 Rn. 26 f.), geboten. Die Annahme einer Garantie ergibt sich nicht aus der in der RL 2007/46/EG in Art. 3 Nr. 36 enthaltenen Begriffsbestimmung des Ausdrucks „Übereinstimmungsbescheinigung“. Schon dem Wortlaut nach lassen sich bei einer solchen Bescheinigung Anhaltspunkte für eine auf Abschluss eines Garantievertrags gerichtete Erklärung der Beklagten nicht erkennen (vgl. OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 03.03.2023 – 19 U 222/22, BeckRS 2023, 3833 Rn. 69).

## **26**

4. Der Senat hat den Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 15.05.2023 im Hinblick auf die Anforderungen an die Substantiierungslast und hinsichtlich der Frage der sekundären Darlegungslast nochmals geprüft, aber aus den Gründen des Hinweisbeschlusses vom 01.03.2023 nicht für durchgreifend erachtet.

## **27**

Mangels einer Haftung der Beklagten dem Grunde nach bedarf es keiner Entscheidung, ob dem Kläger ein Schadensersatzanspruch in der behaupteten Höhe zusteht.

## **IV.**

## **28**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils erfolgte gemäß §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

## **29**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung der §§ 47, 48 GKG bestimmt.